

# SAGGI

LORENZO SALTARI

## IL REGIME GIURIDICO DEI GIOCHI E DELLE SCOMMESSE. RAGIONI PER UN CAMBIAMENTO

SOMMARIO: 1. Il gioco e le scommesse come attività economiche. – 2. Attività riservate. – 2.1. Le riserve statali. – 2.2. Le (incerte) basi della “riserva originaria”. Dubbi antichi e nuovi. – 2.3. Articolare le riserve. Gestione, organizzazione e controllo. – 3. Presupposti e forme della “gestione diretta”. – 4. L'apparente varietà dei titoli abilitativi. – 4.1. Le concessioni. – 4.2. I nulla-osta. – 4.3. Le autorizzazioni. – 4.4. La prevalenza dello strumento concessorio. – 5. Contratti “accessivi”: struttura e finalità. – 6. Il potere di “abilitazione” e i suoi titolari nell'interazione coi privati. – 7. Un settore non deregolabile. – 8. Tutela dell'ordine pubblico, finalità (para)-fiscali. – 9. Verso una regolazione condizionale? – 10. Razioni per un cambiamento.

### 1. Il gioco e le scommesse come attività economiche

La prospettiva dalla quale si guarderà ai giochi e alle scommesse è quella del regime giuridico di un'attività non libera ma regolata, che comunque i privati possono assumere in forma imprenditoriale. Lo scopo è mettere a fuoco su quali principi si regge la disciplina pubblica del settore che si sta segnalando per una dinamicità e redditività notevole<sup>1</sup>.

A ragione, sovente si pone l'accento sul valore finanziario rappresentato dai giochi e dalle scommesse per lo Stato. Da queste attività, infatti, derivano introiti molto rilevanti per l'erario<sup>2</sup>. Però, l'accesso a questo mercato

<sup>1</sup> Nel 2006, gli occupati nel settore erano seimila; nel 2009, quasi ventimila; la stima attuale è di centomila operatori dei quali il venti per cento direttamente impiegati e il restante ottanta operanti nell'indotto. Il comparto, nel primo trimestre del 2012, ha registrato una crescita del fatturato di poco meno del trenta per cento passando dai 18 miliardi di euro del 2011 a circa 23 miliardi (dati desunti dall'eccellente *Rapporto sui giochi di Affari&Finanza de la Repubblica*, giugno 2012).

<sup>2</sup> I dati analitici relativi alla raccolta derivante dal settore sono pubblicati dall'Amministrazione autonoma dei monopoli dello Stato (Aams) sul proprio sito internet.

(sarebbe più corretto declinare al plurale, quantomeno ogni gioco o scommessa è un mercato diverso<sup>3</sup>) è un'opportunità anche per i privati che vi riescono.

Diviene chiaro, allora, il perché porre al centro della riflessione il “regime dell'attività”, le modalità di ingresso dei privati, i titoli che abilitano a ciò, la interazione tra gli abilitati e le autorità pubbliche, l'intensità della concorrenza nel settore, i pericoli di “cattura” delle amministrazioni titolari del potere concedente che pone quest'assetto e una sua possibile evoluzione verso altre forme.

Invero, le non molte riflessioni giuridiche generali sui giochi e le scommesse concepiscono la riserva statale e la concessione come un dato<sup>4</sup>. Ciò non è per nulla frutto di una svista. Questo regime, infatti, è diffuso in modo pervasivo, e l'indagine intende ricostruire l'itinerario che ha condotto a questo assetto secondo le direttrici giuridiche. Si evidenzieranno, in altre parole, gli interessi e le ragioni che la normativa del settore è andata nel corso del tempo assumendo e tutelando.

L'analisi si presenta complessa.

Lo è principalmente perché la disciplina è molto ampia e pulviscolare; ancorata alla singola attività, quindi minuta; entrata in vigore in periodi differenti, anche molto distanti. Le fonti sono svariate. Lo scenario normativo che si presenta è caotico<sup>5</sup>. La rilevanza finanziaria del settore induce a pensare che ciò non sia frutto solamente del caso o della sciatteria del legislatore. Per questo, pare giunto il momento per ordinare il comparto con la raccolta in un testo unico della disciplina vigente, magari anteponeandola con una parte generale che racchiuda i principi cardine. La trasparenza e la certezza del diritto sono elementi essenziali per un mercato<sup>6</sup> che si voglia

<sup>3</sup> L'affermazione contenuta nel testo non è condivisa dall'Autorità garante della concorrenza e del mercato, per la quale il settore darebbe luogo ad un unico mercato rilevante, con l'evidente conseguenza che difficilmente sono ravvisabili soggetti che assumono una posizione dominante. Sul punto, un'interessante analisi è svolta da D. Agus, *La concorrenza e la selezione degli operatori, in Le regole dei giochi. La disciplina pubblicistica dei giochi e delle scommesse in Italia*, a cura di A. Battaglia e B.G. Mattarella, Ricerche Irpa, Roma, 2012 (dattiloscritto).

<sup>4</sup> Una ricognizione sistematica della materia è svolta da T. Di Nitto, *I giochi e le scommesse*, in *Trattato di diritto amministrativo. Diritto amministrativo speciale*, III, a cura di S. Cassese, Milano, Giuffrè, 2003, 3141 ss. (dove vi è una completa bibliografia delle opere più risalenti sul tema) e anche da C. Bedelli, E. Vedova, *Giochi e scommesse tra diritto comunitario e diritto nazionale*, Milano, Giuffrè, 2008.

<sup>5</sup> Nell'ambito della revisione del sistema fiscale, il Consiglio dei ministri starebbe lavorando ad una delega legislativa per la costituzione di un testo unico sui giochi e le scommesse pubbliche.

<sup>6</sup> Su questo, F. Merusi, *I sentieri interrotti della legalità*, Bologna, il Mulino, 2007.

organizzare in modo realmente aperto e, là dove sostenibile, concorrenziale e trasparente.

Si è così giunti alla domanda centrale.

Tornando al regime dell'attività, occorre rispondere al quesito se quello dei giochi e delle scommesse sia un mercato regolato dallo Stato secondo i principi di libertà d'iniziativa e di concorrenza o se invece le disposizioni pubblicistiche perseguono ancora altre e differenti finalità.

Per il momento si muova dalla seguente premessa. Queste attività, poiché non sono ancora armonizzate dall'ordinamento europeo<sup>7</sup>, sono tutt'ora riconducibili all'art. 43 Cost.<sup>8</sup> In particolare, sarebbero da concepirsi come un "monopolio fiscale"<sup>9</sup>. Esse hanno, inoltre, rilievo sul piano dell'ordine pubblico per diversi motivi: per i rischi d'infiltrazione criminale finalizzata al riciclaggio, per il contrasto a fenomeni di ludopatia, per la protezione dei minori il cui approccio all'azzardo va tenuto sotto controllo attesa la loro imperfetta maturazione fisio-psichica<sup>10</sup>. Da queste esigenze deriva una regolazione pubblica finalizzata a "governare" in modo stringente il fenomeno dei giochi e delle scommesse che l'osservazione della realtà, giova ripeterlo, evidenzia in tumultuosa espansione.

Volendo concentrare l'attenzione sul regime giuridico dell'attività, appare lecito, a valle dell'analisi puntuale, discutere più in generale se l'assetto informato sulla riserva/concessione corrisponda ancora alla cura dell'interesse pubblico o se non sia andato nel tempo fuori centro. Tale domanda si giustifica anche dalla tendenza complessiva del sistema amministrativo a rendere l'istituto della riserva tendenzialmente recessivo per lasciare posto a regimi d'attività forgiati nell'ordinamento anglosassone e diffusi dalla disciplina sovranazionale. Il riferimento implicito è al regime condizionale rea-

<sup>7</sup> Tra i vari contributi che hanno toccato il tema partendo dall'esame di pronunce del giudice sovranazionale il contributo che meglio mette a fuoco l'aspetto evocato nel testo è di F. Martines, *Il gioco d'azzardo e il mercato comune: spazio di autonomia e scelte di valori nella giurisprudenza nazionale e comunitaria*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2008, 849 ss.

<sup>8</sup> Rispetto al regime scaturente dall'applicazione dell'art. 43 cost. non ha perso efficacia la riflessione di S. Cassese, *Legge di riserva e art. 43 della Costituzione*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1960, n. 6, 1332 ss. Sul punto, si v. anche S. Fois, *Riserva originaria e riserva di legge nei principi economici della Costituzione*, ibidem, 476 ss. e F. Galgano, in *Commentario della Costituzione. Artt. 41-44 Rapporti economici*, a cura di G. Branca, Roma-Bologna, Zanichelli, 1982.

<sup>9</sup> Così S.L. Ruju, *Monopolio fiscale*, in *Enc. dir.*, XXVI, Milano, Giuffrè, 1976, 825 ss.

<sup>10</sup> Si pensi al recente decreto voluto dal Ministro per la salute in cui si dispone che i luoghi di gioco e scommessa debbano avere una minima distanza da scuole e ospedali (art. 7, d.l. n. 158/2012, *recante disposizioni per lo sviluppo del Paese mediante il più alto livello di tutela della salute*).

lizzato da autorizzazioni generali ed anche dal rilascio di diritti individuali, con riferimento a risorse scarse<sup>11</sup>.

Come si accennava, a oggi non c'è una disciplina organica del settore contenente l'esplicazione dei principi fondamentali della regolazione pubblica dei giochi e delle scommesse. Per questa ragione l'indagine empirica dovrà muovere dalla normativa specifica per provare a tracciare dai singoli settori linee comuni e prevalenti.

## 2. Attività riservate

### 2.1. Le riserve statali

Anzitutto, l'attenzione va posta sul *lotto*, gioco che affonda le sue origini in epoche antichissime<sup>12</sup>. L'art. 1, l. n. 528/1982 dispone che «l'esercizio del lotto è riservato allo Stato. Il servizio del lotto è affidato all'Amministrazione autonoma dei monopoli di Stato che lo gestisce». Questa norma va coordinata con l'art. 1, d.P.R. n. 303/1990 che, pur tenendo fermo l'assetto di riserva erariale, prevede la possibilità di affidare in concessione la gestione del gioco.

Di origini parimenti lontane sono le *lotterie*<sup>13</sup>. È da riferirsi ad una legislazione postunitaria (l. 27 dicembre 1863, n. 1483) la previsione in favore dello Stato di una riserva che fu poi resa ancor più vincolante con l'applicabilità di sanzioni penali per coloro che l'avessero aggirata (r.d.l. 21 novembre 1880). In realtà la disciplina vigente (art. 1, c. 1, l. n. 722/1955) dispone che per ogni anno è autorizzata l'effettuazione di un massimo di dodici lotterie nazionali, nonché di una lotteria internazionale. L'autorizzazione consiste in questo: alle manifestazioni è collegato lo svolgimento di lotterie. Esse sono individuate con decreto del Ministero dell'economia e delle finanze, sentito il parere delle competenti commissioni parlamentari. Rispetto ad ogni lotteria autorizzata, con apposito decreto del Mef, sono fissati il prezzo

<sup>11</sup> Su questo regime abilitativo, introdotto nel nostro ordinamento dal diritto europeo nelle comunicazioni elettroniche, che assumono valore paradigmatico, si v. *Diritto amministrativo speciale*, a cura di G. Vesperini, Milano, 2006, 256; M. Clarich, A. Boso Caretta, *I titoli abilitativi nel nuovo sistema delle comunicazioni elettroniche*, in *Il codice delle comunicazioni elettroniche*, a cura di M. Clarich e G.F. Cartei, Milano, Giuffrè, 2004.

<sup>12</sup> U. Gualazzini, *Giocchi e scommesse (storia)*, in *Enc. dir.*, XIX, Milano, 1970, 30 ss.

<sup>13</sup> C.A. Funaioli, *La disciplina giuridica delle lotterie*, in *Riv. dir. sport.*, 1955, 265; G. Liccardo, *Lotterie e tombole (diritto tributario)*, in *Nss. D.I.*, Torino, Utet, 1963, 1087.

del biglietto, il giorno di estrazione e la nomina del funzionario incaricato della redazione del verbale di estrazione e di abbinamento. L'organizzazione delle lotterie si basa sulla propaganda delle manifestazioni e la distribuzione e vendita dei biglietti. Questa attività è svolta per obbligo di legge dalle ricevitorie del lotto e dalle rivendite di generi di monopolio, nonché da concessionari appositamente incaricati.

L'organizzazione e la gestione delle *lotterie istantanee* è affidata all'Amministrazione dei monopoli di Stato che vi provvede sotto la direzione del comitato generale per i giochi. Diversa è la disciplina delle *lotterie locali*.

L'art. 1, d.lg. n. 496/1948 stabilisce che l'organizzazione e l'esercizio dei *concorsi pronostici*<sup>14</sup> «per i quali si corrisponda una ricompensa di qualsiasi natura e per la cui partecipazione sia richiesto il pagamento di una posta in denaro, sono riservati allo Stato» e affidati al Ministero dell'Economia e finanze – Aams, che può gestirli direttamente o tramite concessionari. Tale riserva non ha carattere assoluto. L'art. 6 dello stesso decreto prevede che la riserva possa essere data al Coni o all'Unire con riferimento a concorsi a pronostici connessi a «manifestazioni sportive organizzate o svolte sotto il controllo degli enti predetti». I ricevitori possono essere costituiti sia dalle ricevitorie del lotto, sia da persone o da enti appositamente autorizzati. Per la giurisprudenza la possibilità di ricevere le giocate discende da un provvedimento concessorio non cedibile né trasferibile.

Anche l'organizzazione e la gestione delle *scommesse organizzate*<sup>15</sup> sono riservate al Mef e al Ministero delle politiche agricole e forestali (art. 3, c. 73, l. n. 662/1996). L'esercizio delle scommesse avviene attraverso l'attribuzione del Mef-Aams di specifiche concessioni a persone fisiche e giuridiche, scelte attraverso una gara da espletare secondo la normativa comunitaria.

Il *bingo* è riservato al Ministero dell'economia e delle finanze che ne ha affidato il controllo all'Aams (art. 1, d.m. 31 gennaio 2000, n. 29). La gestione del gioco è effettuata da una rete di concessionari scelti sulla base di una gara pubblica.

Nonostante la pluralità e la diversità delle fonti regolatrici, il perno della disciplina è rappresentato dalla *riserva* del gioco o scommessa seguita da *concessione* della gestione e controllo. Il diritto sovranzionale, diversamente da altri ambiti economici in cui sono state imposte liberalizzazioni, lascia gli ordinamenti statali liberi di scegliere l'assetto da dare al settore. La

<sup>14</sup> T. Di Nitto, *op. cit.*, 3160 ss.

<sup>15</sup> T. Di Nitto, *cit.*, 3163 ss.

legittimità e l'opportunità delle riserve, allora, va verificata essenzialmente alla stregua del diritto interno, specie quello costituzionale.

2.2. *Le (incerte) basi della "riserva originaria". Dubbi antichi e nuovi*

Il sistema desunto dalla disciplina vigente crea, rispetto ai giochi e le scommesse, una situazione di monopolio legale o di diritto a favore dello Stato. Come accennato nella premessa, la scienza giuridica ha fatto rientrare tale situazione in quelle qualificate nei termini di "monopolio fiscale"<sup>16</sup>. Sarebbe, infatti, preminente il fine di conseguire entrate finanziarie per l'erario. Tuttavia, proprio questa letteratura negli anni Settanta dello scorso secolo ha sollevato un dubbio sulla legittimità costituzionale di tutti i monopoli fiscali. Dubbio che implicitamente si riverbera sullo stesso regime di privativa sui giochi e le scommesse<sup>17</sup>.

I rapporti economici sono regolati costituzionalmente nei termini seguenti. La libertà d'iniziativa è libera (art. 41, c. 1, Cost.). Può essere condizionata per il conseguimento di finalità sociali e scopi collettivi (art. 41, c. 3, Cost.). La proprietà oltre che l'impresa non è prerogativa dei soli privati (art. 42 Cost.). La riserva d'attività che cancella il diritto d'impresa dei privati rispetto all'ambito che ne è toccato richiede la presenza di tre presupposti. La riserva deve riguardare "fonti di energia", "servizi pubblici essenziali" oppure una "situazione di monopolio". Avendo prevalso l'interpretazione oggettiva di servizio pubblico, la riserva sui giochi e le scommesse non avrebbe un chiaro e solido ancoraggio costituzionale.

Da altra angolatura, la legittimità della riserva si spiegherebbe perché essa non incide su un'attività altrimenti libera. Su di essa è posta una proibizione generale, giustificata da ragioni di ordine pubblico: il divieto del gioco d'azzardo dettato dall'art. 718 c.p. Ne deriva l'impossibilità di inquadrare attività generalmente vietate sia nei termini dell'art. 41 Cost. che fonda la libertà di iniziativa economica, sia in quelli dell'art. 43 Cost. che definisce i limiti nei quali il legislatore può derogare a questo principio sulla base di ragioni di utilità generale<sup>18</sup>.

Non convince pienamente nessuna delle precedenti ricostruzioni.

Il divieto colpito da sanzione penale rispetto al gioco d'azzardo è lo strumento attraverso cui lo Stato protegge dalle intrusioni la riserva d'atti-

<sup>16</sup> S.L. Ruju, *Monopolio fiscale*, cit.

<sup>17</sup> In questa prospettiva si pone la riflessione di S.L. Ruju, *Spunti critici in tema di costituzionalità dei c.d. monopoli fiscali*, in *Rivista di diritto finanziario*, 1971, 249.

<sup>18</sup> Così S. Priasco, *Lotto e giochi organizzati*, in *D. disc. pubbl.*, IX, Torino, Utet, 1994, 279.

vità. Solo per fare un esempio sanzioni penali erano previste dal Codice postale nei confronti di chi avesse svolto nelle forme non ammesse il recapito degli invii postali. L'illecito penale è mezzo non presupposto. Dunque, pare una scorciatoia impercorribile ancorare la riserva sui giochi e le scommesse esclusivamente al Codice penale.

Anche la tesi dell'illegittimità costituzionale della riserva è debole. Intanto, c'è il fatto non trascurabile che questo punto di vista non è stato fatto proprio dalla Consulta. Come si è visto nel precedente paragrafo il regime di privativa è tutt'oggi dominante nel diritto vigente.

La riserva d'attività non può non trovare nell'art. 43 Cost. il proprio ancoraggio. Attraverso la riserva lo Stato intende esercitare su un'attività la più intensa influenza possibile. Diretta conseguenza di ciò è che la gestione può essere data a un organo pubblico in esclusiva cioè precludendo a tutti i privati l'accesso. Lo Stato, prima principalmente per le ragioni di ordine pubblico, poi per quelle finanziarie, ha inteso sottoporre il settore alla sua guida<sup>19</sup>. Per Sabino Cassese «si è in presenza di un'attività che può essere assunta, quanto all'esercizio, dallo Stato, oppure può essere conferita, con concessione, dallo Stato ai privati, i quali non hanno libertà di iniziativa economica privata in ordine a questa attività, poiché possono svolgerla soltanto se hanno tale concessione. In definitiva, i privati possono accedere grazie al possesso di una concessione. Poiché in questo settore diversamente da altri le concessioni sono “non esclusive”, ne discende «la presenza di più di un privato»<sup>20</sup>.

<sup>19</sup> «In questa prospettiva, l'esercizio esclusivo da parte dello Stato dell'attività di gioco e il potere di controllo ad esso spettante diventano funzionali al soddisfacimento dell'interesse che la collettività mostra di avere verso i giochi di sorte e, al contempo, consentono di prevenire eventuali “pericoli di turbativa dell'ordine pubblico”, assicurando “allo Stato entrate finanziarie da destinare a fini di utilità generale”» T. Di Nitto, *cit.*, 3147, il quale cita brani di S. Priasco, *op. cit.*, 281.

<sup>20</sup> Osserva S. Cassese, *Il regime giuridico del gioco e la sentenza Gambelli*, Relazione alla tavola rotonda su “*I nuovi orientamenti della UE in materia di gioco pubblico: il principio della riserva di legge da parte dello Stato e i riflessi sul libero mercato*” organizzata dalla Scuola Superiore dell'economia e delle finanze – Ministero dell'economia e delle finanze, Roma, 10 maggio, Forum della pubblica amministrazione, consultabile in <http://archive.forumpa.it/forumpa2004/convegni/relazioni/810-sabino-cassese/810-sabino-cassese.pdf>, che vi sono tre categorie di giochi: «i giochi vietati, i giochi permessi, ma confinati e i giochi consentiti, ma sottoposti a riserva originaria. [...] Un'attività consentita e tuttavia sottoposta a riserva originaria è un'attività soggetta al regime dell'articolo 43 della Costituzione. Secondo questo, la legittimazione a svolgere talune attività è sottratta ai privati. Può svolgerla l'amministrazione pubblica, o i privati, ma previo un atto dello Stato, che normalmente, ma non sempre, è chiamato concessione».

Tuttavia, non è ancora chiaro quale sia il presupposto della riserva.

La gestione del gioco d'azzardo consentito è preclusa ai privati i quali, anche quando vengono ammessi, lo sono grazie ad una concessione traslativa che li rende organi indiretti. In altre parole, l'assetto, almeno quello formatosi nella tradizione, era volto a creare, rispetto ad un gioco o possibilità di scommessa, una situazione di monopolio. Situazione che appunto autorizza il legislatore a disporre la riserva. Del resto, tra le ragioni che la fondano, la "situazione di monopolio" è quella che ha dato maggiori difficoltà. Mentre i servizi pubblici essenziali e le fonti di energia, nozioni anch'esse assai controverse, sono «situazioni di fatto (l'operare in determinati settori economici)», la situazione di monopolio «fa riferimento all'aver svolto un'attività – *id est* aver posto in essere atti e comportamenti giuridicamente rilevanti – che conviene qualificare monopolio»<sup>21</sup>. Se la monopolizzazione è il presupposto della riserva, si potrà sottoporre a privativa l'attività in monopolio solo contestualmente all'emanazione del comando giuridico che preclude il diritto di accesso ai privati.

Trasponiamo quest'ordine d'idee al tema indagato.

La riserva sui giochi e le scommesse è riconducibile all'art. 43 Cost., dunque rispettosa della legalità costituzionale, se le attività comportanti l'azzardo consentito vogliono essere organizzate in forme di monopolio pubblico per tenerle sotto penetrante guida e controllo e per limitarne il perimetro<sup>22</sup>, attese le esigenze di protezione dell'ordine pubblico.

Se, viceversa, l'area dell'attività dell'azzardo consentito si dilata e il numero dei privati che la svolgono cresce, divenendo le loro caratteristiche soggettive e imprenditoriali multiformi ed eterogenee, può ancora dirsi che il regime dei giochi e delle scommesse è informato all'art. 43 Cost.?

Posto che gli interessi coinvolti sono tali da non ritenere desiderabile la caducazione di una regolazione pubblicistica del settore, essa potrebbe aversi fuori dal modello della riserva seguita dalla concessione?

Potrebbe entrare nel cono d'ombra creato dall'art. 41, c. 3, che in questa fase legittima la regolazione in tutti quei settori dove sono state rimosse

<sup>21</sup> S. Cassese, *Legge di riserva e art. 43 della Costituzione*, op. cit., 1349 s.

<sup>22</sup> G. Di Gaspare, *Monopolio e riserva*, in *Enc. giur.*, Roma, Treccani, 1996, *ad vocem*, sottolinea come la riserva d'attività enucleata dalla Costituzione costituisca uno strumento di direzione pubblica dell'economia. Per M. D'Alberti, *Conclusioni*, in *Concessioni e concorrenza*, a cura di Id., Roma, Ipzs, 1998, 166 e 162 s., solo la riserva giustifica la concessione. Con la concessione i poteri pubblici restringono l'accesso al mercato ad una o poche imprese concessionarie.



le barriere legali all'accesso ma l'interazione delle imprese tra loro e con i loro utenti è sottoposta ad un assetto condizionale?

Questi interrogativi saranno ripresi nella parte conclusiva dello scritto nella quale si tenterà di formulare un'ipotesi *de jure condendo* dopo aver sottoposto l'attuale regime anche al vaglio di funzionalità, intesa come corrispondenza tra gli obiettivi pubblici premessi e quelli in concreto raggiunti.

### 2.3. Articolare le riserve: gestione, organizzazione e controllo

La riserva, come visto, è un istituto negativo: impedisce che i privati possano svolgere imprenditorialmente l'attività oggetto della privativa. Sebbene vi siano peculiarità legate al singolo gioco o scommessa, l'attività riservata consta generalmente di due momenti fondamentali: la "gestione" e l'"organizzazione".

La titolarità della *gestione* è pubblica. Normalmente viene data *ex lege* all'Aams. Essa costituisce un'attività accentrata e tendenzialmente unitaria. Anche la gestione, però, può essere oggetto di concessione a privati. In questo caso, dalla gestione si enuclea la funzione di "controllo" che rimane nelle mani del Mef-Aams.

L'*organizzazione*, invece, richiede il coinvolgimento di più soggetti. Ciò perché in essa si esplica l'esigenza di rendere capillari i momenti dove effettuare i giochi e le scommesse consentiti.

Ne discende che l'immissione nell'attività riservata dei privati è duplice. La concessione può avere un'ampia caratura se riguarda la gestione generale. In questa circostanza il privato concessionario funge da vero e proprio "organo indiretto". Il coinvolgimento dei privati nella organizzazione del gioco (ad es. raccolta delle giocate, distribuzione dei biglietti, ecc.) avviene attraverso molteplici provvedimenti concessori che concernono una sfera limitata dell'attività ma che potenzialmente sono fonte di ricavi per i beneficiari.

L'analisi di due casi concreti consente di rendere l'inquadramento suggerito meno astratto: il lotto e le *slot machines*.

Nel 1993, il gioco del lotto viene automatizzato. Il relativo servizio è affidato in concessione ad una società per azioni<sup>23</sup> alla quale vengono «trasferiti i poteri pubblici del Ministero delle finanze» inerenti il servizio<sup>24</sup>. In-

<sup>23</sup> La Lottomatica S.p.a di Roma.

<sup>24</sup> Art. 1, decreto del Ministero delle finanze del 17 marzo 1993, pubblicato in GU del 16 gennaio 1997, n. 12.

teressante è ripercorrere le considerazioni che hanno preceduto tale affidamento<sup>25</sup>. Il Ministero ha valutato che la concessione del lotto automatizzato «risponde all'esigenza di garantire l'efficienza e la funzionalità del servizio». In particolare, «consente un'adequata tutela degli interessi pubblici dell'erario, garantendo un incremento delle entrate speciali», derivanti dalla gestione. Inoltre, «la maggiore funzionalità operativa del sistema automatizzato, derivante dall'affidamento in concessione del servizio, può avere effetti favorevoli sull'ordine pubblico, determinando le condizioni che favoriscono la diffusione del lotto illegale». La società affidataria è stata scelta perché «a seguito di rilevanti investimenti effettuati dispone di un sistema organizzativo informatico, di una struttura ampiamente collaudata per l'installazione e la manutenzione del detto sistema, idonea a minimizzare gli oneri e i tempi per il processo di automazione del gioco del lotto, con rilevante interesse pubblico per i connessi benefici erariali».

In altre parole, i poteri pubblici decidono di automatizzare il lotto. L'attività ha complessità e onerosità cospicue. Si decide di avvalersi di un privato, una società di capitali, cui è data la gestione del gioco e il compito di creare la rete. Questa società è individuata in ragione dei suoi requisiti organizzativi e imprenditoriali. Si legge nelle considerazioni preliminari all'atto di concessione che essa «assicura, direttamente e tramite il coordinamento, l'integrazione ed il controllo dell'attività dei proprio consorziati, comprovata esperienza nella gestione dei sistemi complessi ad ampia caratterizzazione territoriale e fornisce idonee garanzie di affidabilità e di sicurezza in ordine alla consistenza patrimoniale ed alla struttura tecnico-organizzativa».

Effetto dell'affidamento della gestione a un privato è che il potere di controllo e di vigilanza sull'esecuzione della concessione «con specifico riguardo ai poteri pubblici trasferiti» è posto in capo al Ministero dell'economia e delle finanze<sup>26</sup>, il quale dispone anche del potere di revoca del provvedimento abilitativo.

Nel 2004, le *slot machines* sono collegate ad una rete telematica dell'Aams per sottoporle ad un controllo più stringente<sup>27</sup>. Intanto la rete telematica è più di una. Ciascuna è parte integrante della rete di proprietà di

<sup>25</sup> I presupposti per l'affidamento in concessione della gestione del lotto automatizzato si trovano nella delibera del Comitato interministeriale per la programmazione economica – Cipe del 18 febbraio 1993 nella quale sono stabilite le procedure per la trasformazione si società di capitali dell'Amministrazione autonoma dei monopoli di Stato.

<sup>26</sup> Art. 2-3, d.m. 17 marzo 1993.

<sup>27</sup> Decreto del Ministero dell'economia e delle finanze 12 marzo 2004.

Aams. Ogni rete assicura le seguenti funzioni. Collega al sistema di elaborazione gli apparecchi e videoterminali di gioco. Raccoglie periodicamente i dati registrati negli apparecchi e videoterminali di gioco e li trasferisce al sistema centrale quotidianamente. Raccoglie su specifica richiesta di Aams i dati registrati dagli apparecchi e videoterminali di gioco trasferendoli immediatamente al sistema centrale. Rileva la conformità del funzionamento degli apparecchi e videoterminali di gioco alle prescrizioni per il gioco lecito mediante l'elaborazione dei dati. Trasmette al sistema centrale le rilevazioni di non conformità di funzionamento. Diagnostica a distanza gli apparecchi e videoterminali di gioco e trasmette periodicamente al sistema centrale i casi di malfunzionamento. Predispone informazioni utili alla valutazione della redditività degli apparecchi e videoterminali di gioco da fornire periodicamente al sistema centrale. Cura la gestione amministrativa degli apparecchi e videoterminali di gioco. Contabilizza le somme giocate, le vincite e il prelievo erariale unico trasferendo queste informazioni al sistema centrale. Gestisce il gioco mediante apparecchi videoterminali. L'Aams può dare in concessione la gestione operativa di tali reti telematiche.

I concessionari, oltre ad assicurare che la rete telematica assolvere le funzioni sopra precisate, segnalano all'Aams<sup>28</sup> ogni informazione relativa alla possibile non conformità di un apparecchio o videoterminale di gioco; interrompe immediatamente il collegamento alla rete telematica degli apparecchi e videoterminali di cui è rilevata la non conformità alla prescrizioni per il gioco lecito, dandone comunicazione ad Aams nonché agli organismi istituzionali ed agli enti, anche territoriali, indicati da Aams stessa; verifica che l'esercente intraprenda le procedure di blocco per gli apparecchi di gioco o videoterminali individuati come non conformi alle prescrizioni per il gioco lecito; assolve tutti gli adempimenti amministrativi relativi agli apparecchi di gioco ed ai videoterminali; effettua rilevazioni statistiche presso gli esercizi, al fine di reperire le informazioni richieste periodicamente da Aams; contabilizza, per gli apparecchi collegati alla rete telematica affidata-gli, il prelievo erariale unico ed esegue il versamento del prelievo stesso, con modalità definite con decreto di Aams<sup>29</sup>. In altri termini, quando l'Aams ha

<sup>28</sup> La segnalazione può essere data anche agli organismi istituzionali ed agli enti, anche territoriali, indicati dall'Aams stessa.

<sup>29</sup> I concessionari sono tenuti, altresì, ad effettuare tutte le altre attività strumentali e funzionali alla corretta ed efficace gestione telematica degli apparecchi nonché del gioco lecito effettuato anche mediante videoterminali di gioco. Inoltre, sono tenuti ad eseguire la manutenzione, ordinaria e straordinaria, della rete telematica affidata in concessione, secondo

deciso di mettere in “rete” le cd. “New Slot”, si è avvalsa dei privati per realizzare l’automazione, affidando loro contestualmente tutti i compiti di gestione.

### **3. Presupposti e forme della “gestione diretta”: un’ipotesi astratta?**

La riserva è un istituto dicotomico. Consente di distinguere la titolarità dell’attività dalla gestione. I due momenti possono essere riferiti a soggetti diversi. Ne consegue che qualora la gestione non sia affidata in concessione, vi può provvedere l’amministrazione cui sia data la titolarità della riserva.

Nella normazione positiva si enunciano le condizioni da rispettare in questa circostanza<sup>30</sup>. Anzitutto, occorre rispettare il vincolo di sostenibilità economico-finanziaria. Ancillare a questa esigenza è la separazione contabile. Non si vuole che la commistione contabile celi forme di sussidio incrociato affatto ingiustificabili nella misura in cui la gestione diretta di un gioco non può produrre perdite. Sebbene il regime sia analogo a quello tracciato dell’art. 43 cost. per i servizi pubblici essenziali, i giochi e le scommesse non sono ad essi pienamente assimilabili: se i primi astrattamente possono generare oneri per lo Stato, i secondi no. La precisazione delle modalità della gestione diretta andrebbero dettati da un apposito regolamento governativo<sup>31</sup>.

Quella della gestione diretta sembrerebbe dunque più un’ipotesi teorica che una reale alternativa di gestione del settore. Del resto anche nei servizi pubblici essenziali, della cui vicinanza si è detto, si è assistito al progressivo passaggio a forme indirette di gestione: o tramite concessionari oppure enti pubblici economici che hanno reso il modello dell’azienda autonoma del tutto recessivo<sup>32</sup>.

Ne deriva un’osservazione importante. Nonostante la potenza retorica dell’istituto della riserva, ammantata dalla sovranità statale, l’immissione dei privati con compiti anche molto rilevanti (alle volte, come visto, quasi inte-

le modalità e i criteri stabiliti negli atti di concessione al fine di assicurare, per quanto di propria competenza, il mantenimento del valore tecnologico e di mercato della rete di proprietà di Aams.

<sup>30</sup> Il riferimento è alla disciplina delle lotterie istantanee.

<sup>31</sup> Art. 17, c. 3, della l. 23 agosto 1988, n. 400.

<sup>32</sup> S. Cassese (a cura di), *La nuova costituzione economica*, Roma-Bari, Laterza, 2012, V ed.

ramente sostitutivi dell'amministrazione di settore) non è un'opzione semplicemente ammessa, ma è una realtà consistente, anche se non derogata in assoluto.

Va però segnalato un interessante caso diverso.

L'espletamento delle gare e il controllo centralizzato del gioco del bingo sono affidati, «sulla base di una apposita convenzione» da concludersi nel rispetto delle normativa comunitaria e nazionale, anche a privati. Sulla natura concessoria di questa convenzione non è da dubitarsi trattandosi di un atto che trasferisce la parte più rilevante di un'attività oggetto della riserva statale. Il Mef, tuttavia, ha stabilito di attribuire questo incarico all'Aams<sup>33</sup>. Sebbene il d.m. n. 29/2000 consenta di conferire questo incarico «ad un soggetto estraneo all'amministrazione», questa previsione viene intesa in modo da non escludere l'ulteriore facoltà di provvedere direttamente con i propri mezzi. La decisione di affidare a privati si fonda su carenze organiche o funzionali dell'amministrazione. All'Aams, invece, rispetto a questa circostanza sono riconosciute adeguate competenze tecniche e sufficienti risorse organizzative. Inoltre, si è ritenuto che lo svolgimento diretto del controllo avrebbe determinato notevoli risparmi sia «in termini di tempo», sia «in termini di economia di spesa, con riguardo all'aggio da corrispondere all'affidatario del controllo centralizzato».

La riserva, in altre parole, non preclude o comunque limita per ragioni di interesse pubblico l'accesso dei privati nell'attività che vi è soggetta. Anzi imprese private possono ricoprire ruoli gestionali e organizzativi assai rilevanti. Ad esse, infatti, è stato chiesto di modernizzare la gestione dei giochi attraverso l'impiego degli strumenti telematici. Tuttavia, questa inclusione è figlia di una decisione discrezionale dell'amministrazione che laddove lo reputi possibile e opportuno può provvedere direttamente a compiti di gestione dei giochi e delle scommesse. Del resto ciò è un effetto della riserva di attività.

### **4. L'apparente varietà dei titoli abilitativi**

#### *4.1. Le concessioni*

L'ammissione dei privati all'area riservata, come ripetuto, avviene, anzitutto, mediante concessione. Il carattere sezionale e stratificato nel tempo

<sup>33</sup> Art. 1, dir. Mir. 12 settembre 2000, pubblicato in GU 18 settembre 2000, n. 18.

della disciplina del settore impedisce che vi sia uno schema di concessione dalle caratteristiche unitarie e stereotipate per tutti i giochi.

L'analisi empirica suggerisce un modo di ordinare una realtà articolata: costruire due modelli prendendo le mosse da altrettanti esempi concreti. Le concessioni che assolvono questa esigenza di ordine conoscitivo si riferiscono al lotto automatizzato e al bingo. La scelta è caduta su questi due tipi perché rappresentano punti estremi della spezzata con la quale si possono raffigurare le concessioni nei giochi e scommesse.

Della concessione della gestione del lotto automatizzato si è in parte scritto prima. Si tratta di un provvedimento conferito dall'amministrazione che si è avvalsa della propria discrezionalità nell'individuazione del soggetto rispondente alle finalità perseguite. La scelta della società beneficiaria non è avvenuta a seguito di una procedura concorsuale ma di una valutazione sulla idoneità del potenziale concessionario a svolgere le attività di gestione traslate. La concessione ha una durata estesa: nove anni rinnovabili tacitamente per un periodo equivalente<sup>34</sup>. Al concessionario è inoltre riconosciuto un compenso il cui importo è risultante da aliquote, fissate dalla concessione, applicate sulle giocate effettuate sui terminali meccanizzati<sup>35</sup>.

Occorre ricordare che questa procedura venne considerata compatibile col diritto sovranazionale. Difatti, a mo' di contrappeso, la concessione contiene disposizioni che limitano in modo significativo l'autonomia del beneficiario, attraendolo nel perimetro occupato dai pubblici poteri.

L'art. 4 della concessione, rubricato, "disciplina comunitaria", dispone che il concessionario nell'affidamento a terzi di opere, forniture e servizi che siano inerenti alla gestione del lotto è obbligato all'integrale applicazione della normativa interna e comunitaria dei contratti stipulati da pubbliche amministrazioni<sup>36</sup>. Il concessionario, per l'espletamento delle gare per l'affidamento di opere e forniture, è tenuto preventivamente a trasmettere al Mef il relativo bando di gara. Il bando deve garantire l'assoluta trasparenza della gara, indicando tutte le condizioni di partecipazione, le prescrizioni tecniche ed economiche e lo svolgimento del procedimento di aggiudicazione. Nel bando deve essere specificato che la società è concessionaria del Mef. Le commissioni giudicatrici di queste gare indette dal concessionario sono nominate dal direttore generale dell'Aams. Il presidente ed i componenti delle commissioni sono scelti sulla base di specifiche competenze pro-

<sup>34</sup> Il rinnovo tacito è impedito dalla disdetta dell'Aams che va comunicata almeno sei mesi prima della data di scadenza della concessione stessa.

<sup>35</sup> Art. 21, d.m. 17 marzo 1993.

<sup>36</sup> Per i servizi non si considerano terzi i soci consorziati dalla società concessionaria.

fessionali, correlate alla tipologia delle gare da espletare<sup>37</sup>. Il Mef esercita il potere di controllo e vigilanza sul rispetto di questa regola da parte del concessionario.

Il concessionario assume inoltre impegni specifici che riguardano aspetti delicati della vita della società. Per tutta la durata della concessione, garantisce che le azioni parte del capitale non possano essere trasferite senza preventiva autorizzazione vincolante del Mef. I nuovi azionisti, in ogni caso, devono dare atto per iscritto di conoscere e vincolarsi a rispettare gli impegni assunti dal concessionario con la concessione. Il capitale sociale non può essere ridotto se non dopo l'autorizzazione del Mef. Al concessionario però è data la facoltà di quotarsi presso il mercato borsistico. Dal momento della richiesta di quotazione non si applicano le precedenti previsioni. Tuttavia, l'acquisizione del controllo della società ai sensi dell'art. 2359, n. 1, c.c. da parte di terzi, diversi dai soci della società al momento del rilascio della concessione, è comunque soggetta all'autorizzazione del Mef che provvede entro trenta giorni dalla data della richiesta. Anche la nomina del presidente, dell'amministratore delegato/direttore generale e del presidente del collegio sindacale è sottoposta al preventivo gradimento del Mef.

La regolazione del gioco del bingo è più recente. Risale al 2000<sup>38</sup>. La gestione del gioco, da svolgersi in sale a ciò dedicate, è attribuita a concessionari con gare da espletare secondo la disciplina comunitaria e secondo i criteri previsti dalla disciplina del bingo. Il Mef, nel numero di volta in volta stabilito su direttiva del ministro, attribuisce in base al risultato delle gare le concessioni per la gestione del gioco a persone fisiche o società<sup>39</sup> con idonei e comprovati requisiti, anche in ordine alla solidità finanziaria, sulla base dei seguenti criteri: a) trasparenza dell'assetto proprietario ed efficienza della gestione delle singole sale dove il gioco si svolge; b) razionale e bilanciata distribuzione sul territorio, secondo parametri programmati e controllabili, della rete di sale destinate al bingo; c) garanzia della libertà di concorrenza

<sup>37</sup> Art. 5, d.m. 17 marzo 1993.

<sup>38</sup> Decreto del Ministero delle finanze 31 gennaio 2000, n. 29, pubblicato in GU 22 febbraio 2000, n. 43.

<sup>39</sup> Se il concessionario è costituito in forma di società per azioni, in accomandita per azioni o a responsabilità limitata, le azioni aventi diritto di voto o le quote devono essere intestate a persone fisiche, società in nome collettivo o in accomandita semplice. È escluso il trasferimento per semplice girata di dette azioni o quote. Le imprese comunicano al Mef l'elenco dei soci titolari, con il numero delle azioni o l'entità delle quote da essi possedute e gli eventuali trasferimenti di titolarità. La società per azioni deve altrimenti essere quotata in borsa. L'inosservanza di queste disposizioni comporta la decadenza dalla concessione (art. 2, c. 4, d.m. n. 29/2000).

e di mercato mediante la previsione di parametri volti ad impedire l'abuso di posizioni dominanti, tenendo anche conto del numero delle concessioni attribuite a ciascuna persona fisica o società e del volume di gioco raccogli-bile da ciascun concessionario; d) adozione parte dei concessionari e da parte del gestore di strumenti informatici necessari allo svolgimento e gestione del bingo che siano conformi alle specifiche tecniche stabilite con decreto del Mef al fine di assicurare la compatibilità col sistema informativo di controllo centralizzato<sup>40</sup>.

Tali concessioni hanno la durata di sei anni e sono rinnovabili per una sola volta. Il trasferimento della concessione è consentito a soggetti in possesso degli stessi requisiti che ne condizionano il rilascio previo assenso del Mef. I concessionari hanno diritto ad un compenso che è pari alla parte dell'incasso lordo, dedotti il prelievo erariale<sup>41</sup> sulle cartelle, i premi corrisposti e il compenso versato all'affidatario del controllo centralizzato del gioco. Dalla concessione si può decadere oppure essa può essere revocata. La decadenza è dichiarata dal Mef quando vengono meno i requisiti per l'attribuzione della concessione. La revoca è disposta nelle seguenti circostanze. In caso di interruzione dell'attività per cause non indipendenti da forza maggiore. Quando nello svolgimento dell'attività sono commesse violazioni delle disposizioni che regolano il bingo. Quando vengono accertati gravi irregolarità amministrative o il mancato rispetto degli obblighi fiscali<sup>42</sup>.

Diversamente dalla concessione per il lotto centralizzato sono più definiti i requisiti soggettivi e la procedura di attribuzione della concessione, la cui durata è di poco inferiore e specifiche sono anche le condizioni di decadenza e revoca. Ma a ben guardare la distanza rispetto al lotto automatizzato è meno ampia di quanto non sembri ad un primo esame. Si consideri, infatti, che l'espletamento delle gare e il controllo centralizzato del gioco, dei relativi flussi finanziari e delle procedure previste per la sua effettuazione nonché la stampa delle cartelle e ogni altro servizio non richiesto ai singoli concessionari sono affidati sulla base di apposita convenzione da

<sup>40</sup> Art. 2, c. 1-3, d.m. n. 29/2000.

<sup>41</sup> Il prelievo erariale è fissato in misura del venti per cento del prezzo di vendita delle cartelle e viene versato dal concessionario all'affidatario del controllo centralizzato del gioco, insieme al compenso ad esso spettante. Ogni dieci giorni l'affidatario del controllo centralizzato provvede al riversamento delle somme relative al prelievo erariale alla tesoreria provinciale dello Stato e a presentare il relativo rendiconto al Mef (art. 5, d.m. n. 29/2000).

<sup>42</sup> Art. 3, d.m. n. 29/2000.



concludersi nel rispetto della normativa nazionale e comunitaria<sup>43</sup>. In realtà, quest'insieme di attribuzioni si è scelto di conferirle all'Aams.

Anche la regolazione del bingo distingue due figure: il gestore delle sale e il responsabile del controllo centralizzato. Il primo è individuato con gara, deve possedere e mantenere numerosi requisiti pena la decadenza o la revoca del titolo abilitativo. Del secondo, al quale è corrisposto un compenso per la sua attività, non sono precisati requisiti soggettivi né è meglio chiarita la modalità di selezione. Peraltro, al di là della lettera della disciplina che parla di “convenzione”, all'affidatario del controllo centralizzato, cuore della gestione che dovrebbe svolgere il titolare della riserva, è conferita una concessione perché sono traslati poteri pubblici.

Anche sotto questo profilo può scorgersi la vicinanza tra i due esempi. Nel lotto automatizzato il concessionario è organo indiretto e per questo vincolato nella propria attività contrattuale. Nel bingo la gestione e il controllo sono addirittura rimasti in mano pubblica non essendo stata concretizzata la facoltà di concedere a privati tali compiti.

### 4.2. *I nulla-osta*

Oltre alla “concessione” e alla “convenzione”, la cui presenza nel diritto positivo si è da ultimo rilevato, tra i titoli abilitativi troviamo anche il “nulla-osta”. L'art. 110, c. 6, del TULPS<sup>44</sup> infatti stabilisce che per l'installazione di apparecchi di gioco o videoterminali (si tratta delle cd. New slot e le VLT) occorre ricevere un nulla-osta da parte del Mef-Aams. Il soggetto al quale è rilasciato il nulla osta è chiamato a versare il prelievo erariale unico applicato alle somme giocate<sup>45</sup>. La funzione di questo antico provvedimento è andata mutando nel tempo. Nasce per sottoporre al controllo pubblico la diffusione di simili apparecchi. Serve per verificare che tali apparecchi siano conformi alle regole di produzione autorizzate dai pubblici poteri<sup>46</sup>.

A partire dal 2004, il regime tradizionale del nulla-osta si intreccia a quello concessorio a seguito della creazione delle reti telematiche che collegano gli apparecchi di gioco e i videoterminali.

<sup>43</sup> Art. 1, c. 3, d.m. n. 29/2000.

<sup>44</sup> Testo unico delle leggi di pubblica sicurezza di cui al R.d. 18 giugno 1931, n. 773, e successive modificazioni e integrazioni.

<sup>45</sup> Art. 38, c. 5, l. 23 dicembre 2000, n. 38.

<sup>46</sup> La conformità è definita da un decreto del Mef-Aams, d'intesa con il Ministero dell'interno – Dipartimento della pubblica sicurezza, emanato ai sensi dell'art. 22, c. 1, l. 22 dicembre 2002, n. 289.

È disposto, infatti, che entro sessanta giorni dalla pubblicazione dell'elenco degli aggiudicatari della concessione per la gestione operativa delle reti, i titolari di nulla-osta diversi dai concessionari sono tenuti a richiedere il collegamento alla rete telematica per ciascun apparecchio. E i concessionari sono tenuti a collegare tali apparecchi presso il medesimo esercizio nel quale questi sono installati. Il concessionario per questo ha diritto a percepire un compenso che non può essere superiore al tre per cento delle somme giocate per ciascun apparecchio<sup>47</sup>.

#### 4.3. *Le autorizzazioni*

Con riferimento ai concorsi a pronostici, il d.P.R. n. 581/1951, contenente disposizioni comuni a questo ambito, all'art. 20 recava la previsione per la quale i ricevitori possono essere costituiti sia dalle ricevitorie del lotto, sia da «persone» o da «enti» appositamente «autorizzati». Essi, in base a quanto disposto dal regolamento del concorso, possono essere considerati «come rappresentanti del gestore o come agenti in proprio». È interessante notare però come la giurisprudenza amministrativa ha inteso la possibilità di ricevere le giocate come il frutto di un provvedimento di concessione non cedibile né trasferibile<sup>48</sup>.

Anche per lo svolgimento del gioco del bingo a distanza occorre ottenere dall'Aams un'apposita autorizzazione. Però, coloro che ne possono fare richiesta – ed è questo l'aspetto da porre in rilievo – sono già concessionari del gioco del bingo ai sensi dell'art. 1, d.m. 29/2000, nonché gli altri soggetti individuati dall'art. 24, c. 13, della legge 7 luglio 2009, n. 88. Si tratta di soggetti cui l'Aams attribuisce una concessione novennale, se in possesso di stringenti requisiti.

#### 4.4. *La prevalenza dello strumento concessorio*

Per concludere, può osservarsi che, indipendentemente da una certa eterogeneità formale o estrinseca, i titoli abilitativi ricadono nella sostanza del provvedimento concessorio<sup>49</sup>. Ciò a riprova della circostanza che l'atti-

<sup>47</sup> Art. 6, d.m. 12 marzo 2004.

<sup>48</sup> TarVeneto, 6 maggio 1985, n. 607, in *Riv. dir. sport.*, 1986, 44. Su questo, si v. T. Nitto, *I giochi e le scommesse*, cit., 3161.

<sup>49</sup> S. Cassese, *cit.*, osserva criticamente come nella disciplina del settore si ricorra ad un «uso improprio dei termini autorizzazione e concessione». M. De Benedetto, *Giochi e scommesse*, in *Concessioni e concorrenza*, cit., 132, rileva come le concessioni nel settore non si prestino ad essere facilmente ricondotte alle tipologie classiche di concessione amministrativa.

vità – i giochi e le scommesse – è e rimane oggetto di riserva statale. Ne consegue che i compiti di gestione, variamente declinati, sono concessi ai privati, sebbene il loro apporto si configuri come materialmente non sostituibile.

Dunque, i privati che accedono al settore operano imprenditorialmente, ad esempio organizzando i fattori della produzione quali il capitale, il lavoro, la tecnologia e perseguendo lo scopo del lucro, grazie al provvedimento amministrativo ampliativo della loro sfera giuridica soggettiva. Il provvedimento attribuisce situazioni riservate in forma circoscritta per salvaguardare gli scopi fondamentali della riserva<sup>50</sup>.

### **5. Contratti “accessivi”: struttura e finalità**

Può ripetersi per i giochi e le scommesse che «il concessionario è un imprenditore creato dallo Stato. Questi, infatti, agisce nell’ambito di vincoli che sono determinati dall’autorità pubblica»<sup>51</sup>. Dunque, il rapporto di concessione in argomento può essere disciplinato mediante una convenzione o contratto<sup>52</sup>, la cui durata massima varia a seconda del gioco. Tale titolo lega il concessionario e l’Aams.

In particolare, l’amministrazione concedente, attraverso specifici vincoli inseriti in questi contratti o anche con l’adozione di carte dei servizi, assicura l’effettività ai vincoli assunti dal concessionario.

Nel rispetto dei principi di ragionevolezza, proporzionalità e non automaticità, a fronte di casi di inadempimento contrattuale imputabile al concessionario, possono predeterminarsi nel contratto sanzioni patrimoniali. La misura delle sanzioni è in funzione della gravità dell’inadempimento e della migliore realizzazione del principio di effettività della clausola di decadenza dalla concessione. L’irrogazione della sanzione avviene nel rispetto

<sup>50</sup> D. Sorace, C. Marzuoli, *Concessioni amministrative*, in *Enc. giur.*, Roma, Treccani, 1986, *ad vocem*; M.S. Giannini, *Diritto amministrativo*, vol. II, Milano, Giuffrè, 1993; S. Cassese, *Le basi del diritto amministrativo*, Milano, Garzanti, 2000.

<sup>51</sup> S. Cassese, *La trasformazione dei servizi pubblici in Italia*, in *Econ. pubbl.*, n. 5, 1996, 6.

<sup>52</sup> In argomento, sebbene il centro della riflessione siano le convenzioni accessive a concessioni di servizi, si cfr. A. Pioggia, *La concessione di servizio pubblico come provvedimento a contenuto convenzionale determinato. Un nuovo modello per uno strumento antico*, in *Dir. pubbl.*, 1995, 567 ss.; E. Bruti Liberati, *Consenso e funzione nei contratti di diritto pubblico*, Milano, Giuffrè, 1996; G. Greco, *Le concessioni di pubblici servizi tra provvedimento e contratto*, in *Dir. amm.*, 1999, 381 ss.

del principio di partecipazione e contraddittorio nonché di efficienza, efficacia ed economicità del relativo procedimento<sup>53</sup>.

## **6. Il potere di “abilitazione” e i suoi titolari nell’interazione coi privati**

Non è questa la sede per svolgere un’analisi organizzativa del Mef e dell’Aams, delle rispettive competenze e del regime delle interazioni tra i due apparati e con i concessionari<sup>54</sup>. Tuttavia, non è possibile evitare un’incurSIONe su questo piano dovendo sviluppare tutti gli aspetti, anche quelli più problematici, legati alla riserva e ai titoli abilitativi.

L’indagine ha evidenziato un punto importante.

L’affidamento della concessione della gestione dei giochi è stata largamente discrezionale, specie in passato. Ciò in linea con le caratteristiche dei provvedimenti concessori che traslano poteri pubblici<sup>55</sup>. Nella disciplina più recente, si è visto come sempre più spesso si alluda a procedure di gara da svolgersi nel rispetto della normativa nazionale e comunitaria. L’avvento delle forme di gioco e scommesse a distanza, cioè tramite connessioni telematiche, hanno esposto il mercato nazionale alla concorrenza di soggetti stabiliti in altri paesi.

Dunque, in precedenza le fonti normative sono state laconiche circa i requisiti soggettivi che devono possedere i partecipanti alle gare e vaghi erano i criteri generali di scelta se le utilità concesse sono in numero inferiore ai partecipanti alla procedura selettiva.

Oggi è invece l’opposto<sup>56</sup>. Può però osservarsi che tali requisiti riflettono le principali caratteristiche dei grandi operatori nazionali *incumbent*. Ciò naturalmente comporta l’effetto di erigere una barriera legale all’ac-

<sup>53</sup> Si cfr. artt. 21 e 22, d.P.R. n. 303/1990.

<sup>54</sup> Sull’argomento, in particolare sulla riorganizzazione dell’Aams, si rinvia all’attenta analisi di M. Macchia, *L’organizzazione dell’amministrazione dei giochi*, in *Le regole dei giochi*, op. cit.

<sup>55</sup> Per S. Cassese, *La trasformazione dei servizi pubblici in Italia*, op. loc. cit., vi è la possibilità che «il servizio venga affidato in concessione ai privati. In tal caso, il servizio – dopo la riserva originaria – viene attribuito a privati per mezzo di una concessione, istituto che ha alcune caratteristiche tipiche della sovranità, in quanto è discrezionale, revocabile, onerosa (per ottenere la concessione deve essere pagato un canone)».

<sup>56</sup> Questa trasformazione della disciplina pubblica dei giochi e delle scommesse è molto ben ricostruita da T. Di Nitto, C. Cataldi, *I requisiti degli operatori privati*, in *Le regole dei giochi*, cit.

cesso. La finalità, insieme all'esigenza di porre ordine al fenomeno, è anche quella di difendere il "monopolio fiscale italiano" con ciò creando protezioni per i "campioni nazionali" del settore<sup>57</sup>. E come si accennava nelle battute iniziali, l'ordinamento europeo non volgendo ancora verso la creazione di un mercato europeo del settore sembra consentire queste strategie degli Stati.

Ciò nondimeno occorre considerare che vi sono canoni generali del diritto amministrativo che pongono vincoli anche in quest'ambito inderogabili. Anzitutto, vi è il principio di diritto comunitario della non discriminazione<sup>58</sup>, da considerarsi certamente vigente e vincolante anche senza che vi sia stata la armonizzazione/liberalizzazione del settore da parte dell'Ue<sup>59</sup>. In secondo luogo, non può trascurarsi un istituto generale del nostro procedimento amministrativo: l'attribuzione di vantaggi economici è subordinata alla predeterminazione ed alla pubblicazione dei criteri e delle modalità alle quali le amministrazioni devono attenersi. E ciò deve risultare dai singoli provvedimenti<sup>60</sup>.

Si può dire che questo vincolo può bene essere rispettato nel momento della definizione del bando e del relativo capitolato di gara; che è ragionevole non ossificare elementi volatili come i requisiti e i criteri di selezione perché riferiti ad attività di contenuto assai diversificato. Se ciò non è confutabile in astratto, corre il rischio di incorrere in limiti e difficoltà concrete che discendono dal legame tra gli organi pubblici titolari del potere di abilitazione e le imprese private tradizionalmente inserite nel paradigma di gestione dei giochi e delle scommesse.

Si è visto che quando l'amministrazione pubblica ha deciso di realizzare evoluzioni tecnologiche nella gestione dei giochi (automazione, connessione telematica) per curare meglio l'interesse pubblico a contrastare il gioco illegale e l'evasione degli obblighi fiscali, si è avvalsa dei privati dotati

<sup>57</sup> Sebbene non riferito alla nuova disciplina sui requisiti soggettivi degli operatori privati, in quanto precedente, sono interessanti le considerazioni tra il diritto e l'economia svolte da S. Gambuto, *Dalla concorrenza all'oligopolio nel settore del gambling in Italia: il cortocircuito della regolazione*, in *Contratto e impresa. Europa*, 2005, 334 ss.

<sup>58</sup> S. Cassese, *La signoria comunitaria sul diritto amministrativo*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 2002, 291 ss.

<sup>59</sup> F. Martinez, *op. cit.*; G.P. Ruotolo, *Il regime italiano del gambling all'esame della Corte di giustizia: rien ne va plus?*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2007, 1397 ss.; V. De Falco, *Riserve statali nei servizi di gestione e raccolta di scommesse ippiche e fattori di convergenza con l'ordinamento comunitario*, ibidem, 2008, 247 ss.; M. Gnes, *Diritto comunitario e disciplina nazionale delle scommesse*, in *Gda*, 2007, 836 ss.

<sup>60</sup> Art. 7, l. 7 agosto 1990, n. 241.

delle necessarie capacità tecnico-professionali. Tanto che, in alcuni casi, ciò ha portato a configurare la società concessionaria della gestione, che automatizzava un importante gioco, quale organo amministrativo indiretto.

Il nodo dunque è questo. Poiché dalle concessioni i privati traggono profitti, che possono anche essere molto ingenti<sup>61</sup>, le procedure in base alle quali essi vengono scelti costituiscono un aspetto assai delicato. Il pericolo, che almeno astrattamente non può non profilarsi, è che i privati più forti possano “catturare” l’amministrazione titolare del potere di abilitazione. Tale pericolo è enfatizzato se le regole che in concreto presidiano il principio di non discriminazione e parità di condizioni sono decise direttamente *ad hoc* dall’amministrazione, cioè con riferimento alla singola gara da espletare.

Si torni a un esempio già fatto. Nella disciplina del bingo, requisiti soggettivi e criteri selettivi sono precisati per l’affidamento della concessione alla gestione di una sala. Stessa puntualità è assente per l’affidamento di un ruolo assai più rilevante: il controllo centralizzato del gioco, tanto che può essere dato a privati o all’amministrazione del settore (com’è attualmente).

Quest’aspetto problematico induce due domande.

La prima è se l’amministrazione di settore è dotata della sufficiente *expertise* e indipendenza dai regolati. Questo profilo merita una riflessione specifica, che tenga adeguatamente conto dell’involuzione dei regolatori indipendenti nel nostro paese.

La seconda concerne la validità del regime giuridico informato sulla coppia riserva-concessione. In particolare, la possibilità che vi siano assetti alternativi a questo che potrebbero assicurare un migliore equilibrio tra la tutela degli interessi pubblici e privati.

## 7. Un settore non deregolabile

La riserva d’attività, nel sistema amministrativo italiano, è entrata da tempo in una fase recessiva<sup>62</sup>. In suo luogo, spinta dal diritto sovranazionale, si è imposta la libertà d’iniziativa privata e la concorrenza. Se l’attività in precedenza riservata corrisponde ad un mercato pienamente contendibile, si afferma il principio della libertà d’accesso piena, al più condizionabile da

<sup>61</sup> Questo elemento è inferibile indirettamente dai corsi azionari degli operatori del settore organizzati nella forma di società di capitali quotati nei mercati ristretti.

<sup>62</sup> F. Merusi, *La nuova disciplina dei servizi pubblici*, in *Annuario 2001, Associazione italiana dei professori di diritto amministrativo*, Milano, Giuffrè, 2002, 78 ss.; *Il sistema amministrativo italiano*, a cura di L. Torchia, Bologna, il Mulino, 2009.

procedimenti autorizzatori, se permangono interessi pubblici che non possono essere protetti altrimenti<sup>63</sup>. Se non è possibile la “concorrenza nel mercato”, attraverso procedure concorsuali può aversi una forma di “concorrenza per il mercato”. È questo, ad esempio, l’attuale assetto giuridico dei servizi pubblici locali nei quali, almeno astrattamente, potrebbero coesistere le due specie di competitività<sup>64</sup>.

Le poche riserve superstiti nel nostro ordinamento sono perlopiù quelle che si riferiscono a peculiari beni pubblici come il demanio, le aree aeroportuali, le autostrade, ecc. Queste riserve, tuttavia, sono eterogenee rispetto a quelle in materia di giochi e scommesse sotto il profilo funzionale. Servono a regolare l’uso da parte di terzi di beni che permangono nella sfera proprietaria pubblica. Le riserve sui giochi e scommesse seguite da concessioni, invece, hanno la funzione di organizzare la gestione dell’attività riservata tutelando gli interessi che sono alla base della riserva stessa.

Dunque, la comparazione tra regimi, euristicamente più stringente, è con quelli di attività economiche in precedenza riservate, poi uscite dall’assetto di privativa statale e riportate alla libertà d’impresa<sup>65</sup>. Prima di tentare questo confronto occorre ipotizzare un’evoluzione anche nel settore dei giochi e delle scommesse che la renda possibile.

La domanda a cui dare risposta è la seguente.

I privati che entrano nella gestione dei giochi e delle scommesse di quale situazione soggettiva sono titolari? È ancora vero che sono ascrivibili alla categoria degli «imprenditori creati dallo Stato»<sup>66</sup> in forza del provvedimento concessorio (art. 43 Cost.)? Oppure essi stanno esercitando il loro diritto soggettivo all’iniziativa privata, magari condizionato dai pubblici poteri per ragioni di interesse pubblico, ma in modo imparziale, trasparente e non discriminatorio (art. 41, c. 3, Cost.)?<sup>67</sup> Il vincolo sovranazionale della non

<sup>63</sup> L. Torchia, *La nuova costituzione economica*, in *L’amministrazione pubblica in Italia*, a cura di S. Cassese e C. Franchini, Bologna, il Mulino, 1994, II ed., 137 ss.; N. Rangone, *I servizi pubblici*, Bologna, il Mulino, 1998; *Diritto amministrativo speciale*, a cura di G. Vesperini, Milano, Giuffrè, 2005, 256 ss.

<sup>64</sup> Artt. 3, 3-bis e 4, d.l. n. 138/2011, convertito con modificazioni dalla l. n. 148/2011, come modificato dall’art. 25, d.l. n. 1/2012, convertito con modificazioni dalla l. n. 27/2012.

<sup>65</sup> Si riprende l’approccio seguito nella riflessione di S. Cassese, *cit.*, il quale accosta il regime del gioco e delle scommesse a quello delle telecomunicazioni liberalizzate nel corso degli anni Novanta del ventesimo secolo.

<sup>66</sup> S. Cassese, *La trasformazione dei servizi pubblici in Italia*, *cit.*, 5 ss.

<sup>67</sup> L’inquadramento teorico della transizione dall’art. 43 all’art. 41 Cost. nelle procedure che condizionano l’accesso al mercato, sebbene riferito al settore delle telecomunica-

discriminazione spinge verso la seconda delle alternative enunciate. Stante questa premessa si dovrebbe essere aperti all'idea per la quale il regime tradizionale di riserva anche nei giochi e nelle scommesse ha subito una trasformazione che l'ha spinto fuori dall'alveo dell'art. 43 cost.

La principale obiezione all'ipotesi ricostruttiva appena formulata è che il settore in esame non rappresenta un mercato in senso proprio perché gli interessi che sono il presupposto della riserva statale d'attività non sono venuti meno, non si sono trasformati e lo impediscono. A conferma di ciò vi è la stessa posizione espressa dal giudice comunitario per il quale una normativa nazionale *ad hoc*, cioè che ponga condizioni all'accesso, trova giustificazione nella tutela del consumatore, nella prevenzione della frode e nella prevenzione dell'incitamento dei cittadini alla spesa eccessiva, collegata al gioco<sup>68</sup>.

Questi tre profili possono trovare una formula di sintesi nella "tutela dell'ordine pubblico", la quale rappresenta, lo si ribadisce, uno scudo per la riserva statale e un ostacolo insormontabile ad una liberalizzazione del settore informata ai canoni della *de-regulation*<sup>69</sup>.

## 8. Tutela dell'ordine pubblico, finalità para-fiscali

A ben guardare, gli interessi pubblici che permeano il regime giuridico dei giochi e delle scommesse sono due. Oltre alla tutela dell'ordine pubblico nei termini sopra precisati, vi è con sempre maggiore rilievo l'esigenza di trarre risorse finanziarie per le casse dell'erario. Tali interessi possono porsi almeno in parte in contraddizione l'uno con l'altro.

Il primo, la cui origine è più risalente – risente, infatti, dell'ideologia che assegna allo Stato una missione pedagogica –, si può estrinsecare nei seguenti termini. I pubblici poteri dovrebbero avere un disfavore nei confronti di queste attività per via delle spese che comportano alle persone specie se svolte in modo psichicamente compulsivo. L'impostazione più risalente è più o meno questa. Poiché sarebbe difficilmente praticabile una completa abolizione del gioco e delle scommesse (che continuerebbero nelle forme illegali), lo Stato se ne riserva la titolarità per tener il feno-

zioni, è esaurientemente sviluppato da F. Bassan, *La riforma italiana delle telecomunicazioni: profili generali*, in *Diritto del commercio internazionale*, 1998, 48 ss.

<sup>68</sup> C. giust. CE, in C-243/01, caso *Gambelli*.

<sup>69</sup> G. Corso, *Attività economica privata e deregulation*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1999, 629 ss.



meno sotto controllo e, soprattutto, per governarne la diffusione e l'evoluzione.

Senonché, la crisi fiscale dello Stato ha determinato la straordinaria quotazione del secondo interesse. L'erario, in costante affanno, trae dal settore dei giochi e delle scommesse ingenti introiti. È questa la semplice ragione per la quale l'avvio di un nuovo gioco o l'ampliamento di uno vecchio è voluto dal Mef che lo inquadra in un preciso disegno avente una finalità (para)fiscale.

Può dirsi che questi interessi pubblici abbiano perso vigore?

Il valore retorico del quesito pare evidente. L'approccio paternalistico è certamente scemato con l'incremento delle libertà riconosciute agli individui. Rimane ferma l'idea di contrastare la sola ludopatia. Il diffondersi dei giochi e delle scommesse continua però a essere visto con disfavore. Vi sono i pericoli di infiltrazione della criminalità e di riciclaggio del denaro proveniente da attività illecite. La espansione e articolazione del fenomeno rende sempre più complesso impedire che persone non maggiorenni si accostino a questo ambito. Lo Stato continua ad avere un enorme bisogno delle entrate provenienti da esso. Ne consegue che quella dei giochi e delle scommesse non può concepirsi come un'attività economica assimilabile a tutte le altre, quindi, pacificamente assoggettabile ai principi e alle regole del libero mercato.

Dunque, ad un regime pubblicistico di regolazione stringente come quello attualmente vigente non c'è alternativa. Anche nel Regno Unito, precursore nell'organizzazione di queste attività e "culla" europea del liberismo, il settore del "gambling"<sup>70</sup> è sottoposto al regime di licenza, affidato ad un'autorità *ad hoc*, che condiziona tanto lo svolgimento dell'attività, quanto i requisiti professionali soggettivi per poter lavorare nel settore<sup>71</sup>.

Occorre però verificare se la riserva/concessione sia il sistema che ancora massimizza gli interessi pubblici che continuano ad essere immanenti nel settore. La comparazione con altri ordinamenti, come quello inglese ad esempio – paese antesignano nello sviluppo del settore – potrebbe suggerire altri modelli regolatori come quello dell'autorizzazione generale e del rilascio di diritto di uso in corrispondenza all'assegnazione dello sfruttamento di risorse scarse.

<sup>70</sup> La disciplina inglese del settore è dettata dalle seguenti fonti: il "Gambling Act 2005" e il "National Lottery etc Act 1993"; altri aspetti sono contenuti nel "Financial Services and Markets Act 2000".

<sup>71</sup> Si cfr. Gambling Commission, *Guidance to Licensing Authorities*, 3rd edition, May 2009.

Ciò che del resto si è avuto anche nel campo dei servizi pubblici, un tempo terreno d'elezione delle riserve, poi liberalizzati, ma per nulla deregolati<sup>72</sup>.

## 9. Verso una regolazione condizionale?

È percezione comune che il perimetro dei giochi e delle scommesse si stia progressivamente allargando. Ciò risponde alle esigenze (para)fiscali dello Stato ma non è affatto contrario all'interesse delle imprese cui sono affidate le funzioni "core" della gestione dei giochi. Sembra, anzi, che l'espansione del settore segua le direttrici tracciate dai grandi operatori privati.

La finalità di rimpinguare le casse dell'erario è realizzata ed è in crescita costante. Di contro, le esigenze di controllo e contenimento del fenomeno e le garanzie di non discriminazione appaiono chiaramente sacrificate.

Il regime di riserva seguita da concessione, per un verso, conferisce ampi poteri di "governo" ai concessionari maggiori. Si ha la stessa inversione di forza del rapporto tra concedente e concessionario che si era avuta nelle *public utilities* prima della loro liberalizzazione. Per altro verso, adesso, tutela adeguatamente il diritto dei privati di accesso a forme di gestione del gioco e delle scommesse "non core".

È immaginabile un diverso regime che bilanci in modo più equilibrato i vari interessi in competizione? Gli spunti comparativi più fecondi provengono da ambiti nei quali le riserve di attività sono state abolite. Ma per delineare una prospettiva giuridica alternativa appare utile esporre un caso che sia emblema dei problemi che un regime modificato potrebbe risolvere almeno in parte.

Ha trovato spazio nella stampa quotidiana la notizia secondo la quale l'Aams starebbe per assegnare, senza ulteriori oneri, nuove concessioni per *slot machines*<sup>73</sup>. Nel 2011, la raccolta delle *slot machines* ha fruttato 42 miliardi di euro. Ad essa contribuiscono le piccole "new slot", disseminate in bar, tabaccherie, ecc., che consentono vincite fino a 100 euro, e le più grandi VLT, presenti in apposite sale, che permettono vincite fino a 500 mila euro. Queste seconde sono state introdotte con un decreto del 2010. Nel 2004, per far

<sup>72</sup> S. Cassese, *Dalle regole del gioco al gioco con le regole*, in MCR, 2002, evidenzia come il passaggio dalla riserva seguita a concessione ha fatto incrementare enormemente quantità e qualità delle regole cui sono sottoposti i privati operanti nel mercato in precedenza riservato.

<sup>73</sup> Si cfr. M. Lillo, *Nuove licenze per le slot machine Un regalo ai "soliti" dieci concessionari*, in *Il Fatto quotidiano* 28 dicembre 2011, consultabile nelle pagine web del giornale.

emergere il sommerso è stato affidato a dieci concessionari il compito di collegare le *slot* in rete con l'elaboratore centrale perché fosse controllato il rispetto delle regole. Queste dieci concessioni scadevano nel 2008, ma sono state prorogate gratis tre volte, fino ad aprile 2012. Anche le VLT sono state affidate ai dieci concessionari senza gara, nella misura (assai discrezionale) di 14 VLT ogni 100 slot piccole detenute dal singolo concessionario. Questo meccanismo permette agli *incumbent* di proiettare sul nuovo mercato, quello delle VLT, la quota detenuta nel vecchio. Lo scorso ottobre c'è stata una gara per nuove concessioni. I nuovi entranti sono stati solo tre perché il meccanismo privilegiava chi era già in possesso di concessioni. Peraltro, i *new entrants* hanno l'obbligo di creare la rete di piccole slot per vedersi assegnate le nuove e più remunerative VLT (sempre nella proporzione di 14 su 100). Tra altri, il motivo per il quale le VLT danno maggiori profitti è che su di esse il prelievo fiscale è del 4% (fino a poco fa era del 2%), mentre sulle vecchie slot è del 11,5%. La stima è che per 7 anni i concessionari incasseranno 1 miliardo di euro l'anno al netto delle tasse dalle VLT, e 600 milioni di euro dalle slot piccole. Nell'arco di durata delle concessioni, gli introiti potrebbero quindi superare i 12 miliardi di euro. A questa cifra vanno detratti i costi di gestione (affitto sale, manutenzione, personale, ecc.). Tuttavia, i ricavi per i concessionari rimangono assai elevati.

Lo Stato, titolare della riserva, starebbe concedendo questo lucrativo titolo abilitativo senza oneri ulteriori rispetto al Preu, attraverso una (pseudo) gara informata alla *grandfather's rule*. Inoltre, il sistema di accesso non è tale da dividere tra più imprese il mercato esistente, ma induce l'ampliamento del mercato, ossia la moltiplicazione delle slot tra piccole e grandi.

Quali interessi favorisce in concreto questo assetto giuridico? Dalle *slot machines* derivano entrate fiscali importanti. Tuttavia, il vero vantaggio è ottenuto dai beneficiari delle concessioni, specie i primi dieci. La riserva/concessione, in questo caso, ha raggiunto gli scopi che la giustificano? Primo, l'obiettivo di contenere il fenomeno, considerato con disfavore, non può dirsi realizzato: la diffusione delle slot si incrementa costantemente nel tempo. Secondo, l'obiettivo di impinguare le casse dell'erario si realizza ma solo in parte: le concessioni, che come visto valgono moltissimo, ma sono assegnate in cambio del solo Preu.

Questo assetto, come si anticipava *in nuce*, eleva il pericolo di cattura dell'amministrazione concedente da parte dei concessionari. Questi ottengono abilitazioni a condizioni finanziarie favorevoli e un assetto di mercato molto protetto (oligopolistico).

Quali i correttivi?

Obiettivo dello Stato dovrebbe essere limitare la diffusione delle *slot*

*machines* e, comunque, dalla loro installazione trarre il massimo introito possibile per l'erario. A ben vedere sono presenti tutti gli elementi che condizionano il rilascio ai privati di diritti individuali di sfruttamento di risorse scarse. I poteri pubblici predefiniscono, quindi limitano, le risorse da assegnare allo sfruttamento dei privati i quali dal loro impiego trarranno profitti anche ingenti. È il caso delle frequenze radio nella telefonia mobile<sup>74</sup>, ma potrebbe essere lo stesso ad esempio per i diritti di installazione di una VLT. Se la domanda supera l'offerta – questa la circostanza fisiologica quando il diritto concesso è redditivo – i privati beneficiari sono selezionati con una procedura d'asta aperta trasparente e non discriminatoria. Lo Stato per il tramite dell'Aams riprende il pieno controllo del settore. L'accesso in esso diviene rispettoso dell'interesse privato alla tutela effettiva della parità di condizioni. L'erario incamererebbe risorse aggiuntive rispetto al Preu.

In altre parole, il regime che mutui, ad esempio da quello delle comunicazioni elettroniche, l'autorizzazione allo sfruttamento di risorse scarse, non scalfisce l'esigenza di una programmazione pubblica del settore necessaria perché innestata nella definizione delle politiche di entrata. Al contempo, però, tale regime introduce un freno all'estensione del fenomeno perché contrarrebbe il margine operativo degli operatori privati affidatari di compiti di gestione *core*, che sono i maggiori artefici del dilagare dei giochi e delle scommesse. Senza trascurare che le procedure d'asta oltre ad incrementare le risorse per lo Stato innalzerebbero le garanzie di non discriminazione.

## 10. Ragioni per un cambiamento

È proprio l'esperienza dell'ordinamento britannico che suggerisce il superamento della riserva seguita da concessione. Anche nel diritto inglese il gioco d'azzardo è vietato penalmente. Quello consentito è sottoposto a una regolazione condizionale valida *erga omnes*. La *Gambling Commission* elabora e pubblica le direttive che segnano le trasformazioni del *licensing*. Del resto, per quale ragione si vuole mantenere in vita un regime di riserva d'attività, se esso non è preordinato a limitare l'ammissione dei privati e a creare situazioni di monopolio guidate in modo pervasivo dai pubblici poteri?

Anche coll'affidamento concorsuale dei titoli abilitativi, l'influenza degli *incumbent* non pare attenuata in modo decisivo. È anzi l'ipertrofia delle

<sup>74</sup> V. Zeno-Zencovich, *Le frequenze elettromagnetiche fra diritto ed economia*, in *Dir. inform.*, 2002, 713 ss.

procedure di gara a suscitare perplessità. Le condizioni e i vincoli per i gestori dovrebbero essere stabiliti in sede generale (in fonti regolamentari dell'autorità di settore) e non prevalentemente nei bandi e nei capitoli di gara. Aumenterebbe la trasparenza, l'imparzialità, la certezza e la prevedibilità del quadro normativo. Inoltre, decrescerebbe la negoziazione occulta tra autorità amministrativa e privati divenendo più estrinseca la formazione delle regole<sup>75</sup>. Ciò sulla falsariga dell'esperienza delle *public utilities* dove le autorità *ad hoc* forgiavano e sviluppano previsioni condizionali cui sono sottoposte tutte le imprese<sup>76</sup>.

Se l'accesso dei privati va limitato per motivi oggettivi, la gara è imprescindibile. Anche qui è però opportuno prendere spunto dai sistemi di attribuzione di risorse scarse pubbliche. Il meccanismo di asta è da preferirsi. Impingua meglio il gettito erariale. Può essere congegnato per ridurre i margini di redditività dell'attività<sup>77</sup>, smorzando almeno in parte gli incentivi all'accesso nel settore e, quindi, il suo ampliamento.

Non può sottacersi che questa espansione costituisce un problema per i pubblici poteri. Rende, infatti, più complessa la tutela delle esigenze di ordine pubblico. Le cronache riferiscono di autorità inquirenti costrette a moltiplicare le inchieste sull'infiltrazione delle organizzazioni criminali nell'ambito in esame.

Da altra prospettiva, porre un limite al fenomeno pare desumibile dai principi e valori della Costituzione. Pur non immaginando la riesumazione dello Stato-pedagogo, i giochi e le scommesse stanno sempre più chiaramente assumendo i tratti di "tassa occulta", pagata in modo disomogeneo dalle classi sociali fuori da qualsiasi progressività. Potrebbe ben replicarsi che giocare o scommettere attiene al libero arbitrio soggettivo. Non per questo i pubblici poteri sono sollevati dalla responsabilità di scoraggiare condotte potenzialmente dannose per gli individui e per la collettività.

<sup>75</sup> S. Cassese, *Dalle regole del gioco al gioco con le regole*, cit.; Id., *L'arena pubblica. Nuovi paradigmi per lo Stato*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2001, 601 ss.

<sup>76</sup> G. Napolitano, *Regole e mercato nei servizi pubblici*, Bologna, il Mulino, 2006; S. Torricelli, *Il mercato dei servizi di pubblica utilità*, Milano, Giuffrè, 2007.

<sup>77</sup> G. Napolitano, M. Abbrescia, *Analisi economica del diritto pubblico*, Bologna, il Mulino, 2009.

*Abstract*

*Gaming and betting are a profitable business with a different legal regime in each EU country. In Italy, an individual administrative measure called “concessione” (licence) allows entry into market. In fact, the State has special and exclusive rights («riserva originaria di attività») whereby it can directly regulate gaming and betting or do it through private entities. This particular legal framework, which is typical of other public utilities, has been consolidating when public authorities wanted both to control and limit gaming and betting. The current scenery is quite different, with the tumultuous expansion of these activities under public authorities approval. As a matter of fact, private management has taken a central role. Indeed, the traditional legal regime is no more convenient: it does not permit an effective control of such activities, it does not maximize the income of the State, then, it favors the incumbents. Despite this, a deregulation to promote competition cannot be proposed. Strong law enforcement is still necessary to struggle against compulsive gambling or criminal organizations infiltration. A regulation creating conditions to maintain and strengthen public oversight, increasing transparency, and equalizing conditions within competition undertakings should be promoted.*